Les clauses de responsabilité sociétale : les clauses anticorruption

par Denis Philippe
Professeur extraordinaire à l'UCL
Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg

Les codes et les clauses éthiques sont de plus en plus souvent fréquents et nous nous en réjouissons.

Les codes constituent un instrument normatif important et contribuent fortement à la promotion de valeurs communes dans l'entreprise, ce qui est d'autant plus important dans une société multiculturelle. On les retrouve le plus généralement dans les sociétés de taille importante.

Quant aux clauses, elles permettent d'étendre aux tiers ces normes. Il n'est dès lors pas étonnant que la plupart des contrats des sociétés importantes contiennent dès lors des clauses éthiques.

Il nous a paru intéressant de nous pencher sur ce phénomène contractuel récent [1].

Nous étudierons successivement :

1. La norme.
2. Les personnes qui sont appelées à respecter cette norme.
3. Les mesures préventives.
4. Les sanctions.
5. Le droit applicable.
6. La *joint venture.*

Eu égard au caractère limité de cette étude, nous n'étudierons pas, notamment, les clauses relatives à la protection de la vie privée, au blanchiment d'argent, aux conflits d'intérêts ou au droit de la concurrence, mais nous nous limiterons essentiellement aux clauses anticorruption.

Par ailleurs, beaucoup d'organismes, plus particulièrement financiers, sont dotés d'un service *compliance* qui vise aux respects de ces règles éthiques. Ce sujet dépasse lui aussi le cadre de cet article.

Ces clauses et codes revêtent aussi un arrière-fond puisé dans les normes internationales, comme énoncé dans d'autres articles publiés dans le présent numéro thématique.

[1] Nous remercions le groupe de travail contrats internationaux dirigé par le professeur Filip De Ly, qui travaille sur ce thème, d'avoir accepté que nous utilisions certaines clauses étudiées par le groupe.

Citons en premier lieu la Convention de l'O.C.D.E. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997 ratifiée par 34 États [2]. L'on peut aussi épingler la Convention des Nations Unies contre la corruption adoptée par une résolution de l'assemblée générale 58/4 adoptée le 31 octobre 2003, ratifiée par 171 États. Mentionnons la Convention pénale sur la corruption (Conseil de l'Europe, 27 janvier 1999) et la Convention civile sur la corruption (Conseil de l'Europe, 4 novembre 1999).

Des textes législatifs nationaux ou des chartes édictées par les pouvoirs publics viennent conforter ces textes.

L'on peut mentionner le *Bribery Act* anglais de 2010 qui est fort sévère. Ainsi la loi anglaise condamne le défaut de prévention de la corruption et conduit les personnes morales à devoir mettre en œuvre des règles et procédures internes anticorruption (les « procédures adéquates »). Parmi ces procédures s'inscrivent les clauses contractuelles. Aux États-Unis l'on connaît le *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977. En France, le code de l'O.C.D.E. a été ratifié en mai 1999 et publié en mai 2000 [3].

La corruption fait l'objet aussi en Belgique de plusieurs dispositions légales [4]. En outre la convention O.C.D.E. a été ratifiée le 27 juillet 1999 et est entrée en vigueur le 25 septembre de la même année. Un plan d'action fédéral sur « La responsabilité des entreprises en Belgique » a été adopté en 2006. L'objectif de ce plan d'action est de dresser le cadre de référence « commun » entre les pouvoirs régionaux dans le but de donner un aperçu des initiatives déjà mises en œuvre et du rôle potentiel des pouvoirs publics en matière de responsabilité sociétale des entreprises (R.S.E.) [5]. Au niveau régional, des initiatives similaires ont été mises en place. En Région wallonne, par exemple, une étude de faisabilité a été réalisée en 2005 afin d'évaluer l'apport potentiel de la R.S.E. à la compétitivité et à la cohésion sociale en Région wallonne

[2] Voy. le site de l'O.C.D.E.

[3] Voy. pour des articles récents étudiant la portée extranationale des normas A. ADEYEYE, « Forein Bribery Gaps and Sealants : International Standards and Domestic Implementation », *Business Law International*, p. 15, n° 3, septembre 2014, pp. 169 et s. ; J. WESSING, H. AHLBRECHT et M. DANN, « US Corruption Proceedings in Germany », *ibid.*, pp. 183 et s. ; N. KEITH, « Is Canada's Anti-Corruption Law in Step with International Trends », *ibid.*, pp. 223 et s.

[4] Voy aussi et de manière plus générale, en droit belge, « Éthique et conformité dans l'entreprise — Mode d'emploi à l'usage des praticiens du droit », *D.A.O.R.*, 2010, liv. 93, pp. 5-91, actes du colloque du 25 février 2010 avec les contributions suivantes : F. VINCKE, « La mise en place d'un programme effectif d'intégrité », P. VAN EECKE, « Klokkenluiden in het bedrijfsleven : *privacy*-aspecten », M. VERDUSSEN et C. ROMAINVILLE, « Les clauses éthiques dans les marchés publics », K. RAES, « Conformiteit, loyaliteit, geweten — De spanningsverhouding tussen loyaliteit en moreel engagement », F. ROBERT, « La relation de travail face à l'entreprise socialement responsable — Entre les Tics et les Tocs ».

[5] Accord de coopération du 30 mai 2005 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale et la Communauté germanophone relatif à l'économie plurielle.

tout en étudiant les possibilités de politiques publiques destinées à promouvoir la R.S.E. [6]. La Région bruxelloise a également utilisé le concept de R.S.E. [7].

Le *Bribery Act* 2010 est accompagné de *Guidances* et de *case study*.

L'on peut souligner que les codes émanent généralement de sociétés multinationales qui imposent ces normes à leur cocontractant qui n'est généralement pas en position de force pour modifier ces clauses dont il serait d'ailleurs bien en peine de justifier la suppression ou la modification, puisqu'elles visent à instaurer des principes éthiques dans la vie des affaires.

I. — La norme

L'on étudiera ici le comportement que prescrit la clause.

A. — Clause introductive

Donnons, à titre introductif, une clause assez générale :

« *R agrees that it has not, and covenants that it will not, in connection with the performance of this Master Agreement or any Task Order, promise, authorize, ratify or offer to make, or take any act in furtherance of any payment*

[6] Citons aussi une circulaire de la Région wallonne du 28 novembre 2013 qui vise à lutter contre le *dumping* social. En clair : les entreprises qui souhaitent vendre devront, par exemple, former des travailleurs locaux. C'est un moyen de lutter contre les concurrences déloyales qui peuvent exister entre pays européens. La circulaire du ministre Marcourt, en introduisant des clauses sociales, environnementales et éthiques dans les marchés publics, peut neutraliser en partie cette concurrence sauvage : « On peut avoir de la concurrence, mais pas de la concurrence déloyale. C'est un moyen avec ces clauses, de le faire. Ce n'est pas du tout du protectionnisme. Ici nous allons dire à tout le monde : "Vous avez les mêmes droits, les mêmes règles du jeu, mais tout acteur devra respecter ces règles du jeu" », précise le ministre. Voy. Aussi, en matière de marchés publics, J. Noël, « Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics », *J.T.*, nº 6033, p. 873 ; K. Wauters et P. Nihoul, *Marchés publics pour débutants*, la Charte, 2014. Au départ, les P.M.E. ont vu dans cette circulaire, une contrainte supplémentaire. Aujourd'hui, ce serait plutôt une opportunité. Nathalie Bergeret, de la Confédération wallonne de la construction, imagine bien que ces dispositions pourraient combattre une concurrence qu'elle estime déloyale. Mais ce n'est pas encore la panacée, dit-elle : « On a un grand problème de *dumping* social. Et donc ces clauses sociales permettent d'essayer de stabiliser l'emploi wallon. Maintenant, c'est une "mesurette" par rapport à tout ce qu'on peut envisager pour essayer de lutter contre ce *dumping* social. Et je pense que les grandes décisions doivent se négocier au niveau européen ». Communes, provinces et administrations wallonnes sont invitées à introduire ces clauses sociales, environnementales et éthiques dans leurs cahiers des charges. Pour les populariser, des facilitateurs seront mis à disposition des pouvoirs publics et des sociétés de façon à peut-être rééquilibrer la balance et favoriser l'emploi régional. Voy. sur cette circulaire, le portail des marchés publics en Région wallonne et en Fédération Wallonie-Bruxelles (marchespublics.cfwb.be) et l'interview de Mme Bergeret sur le site de la RTBF, ww.rtbf.be/info/belgique/detail_des-clausses-ethiques-dans-les-futurs-marches-publics-en wallonie?id=8150503, capture du 3 septembre 2014.

[7] Voy. not. l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant la promotion de la responsabilité sociétale dans les entreprises bruxelloises.

or transfer of anything of value, directly or indirectly : (i) to any individual including Government Officials (as defined below) ; or (ii) to an intermediary for payment to any individual including Government Officials ; or (iii) to any political Party. It is the intent of the Parties that no payments or transfers of value shall be made, promised, authorized, ratified or offered with the purpose or effect of public or commercial bribery, acceptance of or acquiescence in extortion, kickbacks or other unlawful or improper means of securing an improper advantage or obtaining or retaining business ».

Cette clause s'étend dans le temps aux différents contrats (commande de biens ou de services) faisant suite au contrat de base :
— elle vise un nombre assez complet de comportements ;
— elle définit les bénéficiaires ;
— elle s'applique aux paiements directs et indirects ;
— elle définit la raison de ce paiement.

B. — La norme légale

Rappelons, en arrière-plan, la définition de la corruption. L'on reprendra la définition donnée par l'article 433 du Code pénal français :

« La corruption peut se définir comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions ».

En droit belge, la matière est régie par les articles 240 et suivants du Code pénal et par l'article 314 du même Code en matière de marchés publics [8].

C. — Clause se référant à l'esprit de la loi

« *In performing its obligations hereunder, the PARTIES acknowledge that the corporate policy of M. and its AFFILIATES requires that M.S business be conducted within the letter and spirit of the law* ».

L'utilisation du terme « esprit » est plutôt rare.

D. — Définition des avantages prohibés

Que peut-on offrir ou ne pas offrir aux personnes dont on veut influencer la décision ?

Ainsi sont prohibés « les cadeaux ou autres avantages (comme de l'argent, des cadeaux de valeur monétaire ou invitations à des événements qui ne

[8] Voy., sur les marchés publics, les références 3 et 4, *supra.*

sont pas de nature strictement commerciale, tels que des événements sportifs, concerts, manifestations culturelles) ». Des invitations à des événements commerciaux sont donc autorisées par la clause.

L'article suivant précise également l'exception à la règle : « 8.1. Ce qui précède ne s'applique pas aux échantillons de produits qui sont fournis au commettant ou ses magasins à des fins d'essai ou d'évaluation de qualité dans le cadre normal des affaires ».

Le code O.C.D.E. parle d'« avantage indu pécuniaire ou autre » [9].

Citons une autre clause assez large :

« *Corrupt Payments — G employees and any Third Party acting for or on behalf of G shall not, directly or indirectly, promise, authorize, ratify or offer to make or make any "payments" of "anything of value" (as defined in the glossary section) to any individual* ».

Sont donc visés dans cette clause tous paiements de quelque chose de valeur ; ceci peut donc englober les menus cadeaux.

Tout aussi large est la clause suivante :

« *promise any payment, either directly or indirectly, of money or other assets (hereinafter collectively referred to as "PAYMENT").*

Facilitating Payments — *For the avoidance of doubt, facilitating payments (otherwise known as "greasing payments" and defined as payments to an individual to secure or expedite the performance of a routine government action by government officials) are no exception to the general rule and therefore prohibited* ».

Le *greasing payment* est un paiement d'un faible montant effectué en faveur d'un commerçant ou d'un fonctionnaire d'un faible rang pour exécuter une décision d'affaires, un transport ou toute autre opération dans un pays où pareil paiement n'est pas inusité.

Cette opération que l'on peut qualifier d'ordinaire est aussi visée dans la clause précitée malgré le caractère minime des montants.

E. — Comportements prescrits

1. Extension aux relations contractuelles des codes de conduite

L'on peut citer la clause suivante :

« *G requires all G employees and any Third Party acting for or on behalf of G to ensure that all dealings with Third Parties, both in the private and government sectors, are carried out in compliance with all the relevant laws and regulations and with the standards of integrity required for all G business* ».

[9] Article 1er.

La clause suivante organise la connaissance du code de conduite préalablement à la signature du contrat :

« *Manufacturer declares that prior to entering into this Agreement it has adequately acquainted itself as to Group's code of conduct, a copy of which has been transmitted to it, and undertakes to comply with the same* ».

Cette clause suivante fait référence aux codes adoptés par le vendeur et mentionne leur disponibilité sur la toile :

« *15.1) With reference to the execution of the activity object of this Agreement, BUYER represents that it is acquainted with the contents of the document "Principles of Model 231" issued by SELLER with reference to the rules in force regulating the administrative responsibility of corporate bodies for offences committed by company's directors, employees and/or collaborators.*

*In this regard, the above mentioned document is made available to BUYER in the website of SELLER : www.***.com. At any time BUYER shall be entitled to request to SELLER a paper copy of such document.*

*SELLER represents that it is acquainted with the principles of group's code of conduct or equivalent principles a copy of which is available on the website of *** or on request* ».

La clause suivante renvoie aux annexes : « *18.1 R acknowledges receipt of the "Prevention of Corruption — Third Party Guidelines", which are attached as Exhibit F attached to this Master Agreement, and agrees to perform its obligations under the Master Agreement in accordance with the principles set out therein* ».

Les annexes prescrivent :

« Exhibit F — Prevention of corruption — Third Party Guidelines

The G Anti-Bribery and Corruption Policy (POL-G-007) requires compliance with the highest ethical standards and all anti-corruption laws applicable in the countries in which G (whether through a Third Party or otherwise) conducts business. POL-G-007 requires all G employees and any Third Party acting for or on behalf of G to ensure that all dealings with Third Parties, both in the private and government sectors, are carried out in compliance with all the relevant laws and regulations and with the standards of integrity required for all G business. G values integrity and transparency and has zero tolerance for corrupt activities of any kind, whether committed by G employees, officers, or Third Parties acting for or on behalf of the G ».

Cette annexe place la barre très haut :

— application internationale des normes ;
— le critère est les plus hauts standards éthiques ;
— application à tous tiers ;
— le bénéficiaire peut être un partenaire public ou privé ;
— tolérance zéro.

2. Les actions répréhensibles

La clause modèle de la CCI les détaille :

« *"ICC Corruption" or "corrupt practice(s)", as used in the clause, include :*
(1) bribery,
(2) extortion or solicitation,
(3) trading in influence and
(4) laundering the proceeds of these practices ».

Cette définition énonce de manière assez complète les comportements qui sont sanctionnés.

La clause suivante est aussi très large :

« *R agrees that it has not, and covenants that it will not, in connection with the performance of this Master Agreement or any Task Order, promise, authorize, ratify or offer to make, or take any act in furtherance of any payment or transfer of anything of value, directly or indirectly* ».

Citons aussi la clause suivante à la fois simple et plutôt complète :

« 19.0 Ethics/conflict of interest
The PARTIES warrant that in connection with this AGREEMENT and the business relating thereto, they, their directors, their employees, their officers, and anyone acting on their behalf shall not offer, make or promise any payment, either directly or indirectly, of money or other assets (hereinafter collectively referred to as "PAYMENT) where such PAYMENT would constitute a violation of any applicable law ».

Warrant signifie en droit anglais que l'on ne peut, sauf convention contraire, mettre fin au contrat en cas de violation de l'obligation [10].

Les *modalités* sont aussi précisées.

Ainsi les clauses précédentes visent la corruption directe et indirecte ; donc le fait de donner l'argent à une personne qui le verse elle-même à un agent de l'État sera suffisant à entraîner l'application de la clause.

Le but ou l'intention sont parfois appréhendés :

« *(Or at the request of any individual) including a "government official" (as defined in the glossary section) for the improper purpose of influencing or inducing or as a reward for any act, omission or decision to secure an improper advantage or to improperly assist the company in obtaining or retaining business*.
The PARTIES shall make no PAYMENT, either directly or indirectly, to OFFICIALS if such PAYMENT is for the purpose of influencing decisions or actions with respect to the subject matter of this AGREEMENT or the business activities of the PARTIES or their respective AFFILIATES ».

[10] Voy. D. PHILIPPE, « *Warranties & representations, Material adverse change* — Faux amis et innovation », *D.A.O.R.*, 2011/98, pp. 255-274.

Citons enfin la clause suivante :

« *Entities for purposes of improperly influencing official actions or decisions or securing any improper advantage or in order to obtain or retain business, or engage in acts or transactions* ».

3. Réputation

La clause suivante s'attache à la réputation :

« *28.2 Neither party shall act or make any omission or otherwise do anything which in the opinion of the other party :*

(a) causes (or is likely to cause) damage and/or prejudice to such party's good name and/or reputation ; and/or ».

Cette clause est beaucoup plus large et vague, car l'atteinte à la réputation n'est pas nécessairement liée à la corruption.

4. Respect de certaines législations bien définies

L'on peut citer, à titre purement exemplatif, le respect de la législation sur la protection du travail des enfants :

« *28.1 Each party agrees, in respect of the provision of the services, that it shall comply (and shall procure that its employees, agents, subcontractors and suppliers comply) with all Child Labour Laws* ».

La clause suivante vise la non-discrimination :

« Article 17 — Equal opportunity

Contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of age, race, color, handicap, religion, sex, or national origin. Contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment without regard to their age, race, color, religion, sex, handicap, or national origin. Such action shall include but not be limited to the following : employment, upgrading, demotion, or transfer, recruitment or recruitment advertising, layoff or termination, rates of pay or other forms of compensation, selection for training, including apprenticeship. Contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices setting forth the provisions of this nondiscrimination clause.

Contractor will, in all solicitations or advertisements for employees placed by or on behalf of Contractor, state that all qualified applicants will receive consideration for employment without regard to age, race, color, religion, sex, handicap, or national origin.

Contractor will comply with all relevant provisions of the rules, regulations, and orders of the Secretary of Labor ».

Ces clauses sont souvent proches de celles sanctionnant la corruption.

F. — Bénéficiaires des dons ou avantages

La clause suivante les définit de manière large :

« *an officer or employee of a government or any department, agency, or instrumentality or public international organisation ; any political party or official thereof ; any candidate for political office ; any sub-contractor or supplier, any L.' or Developer partner, or any other person at the suggestion, request or direction or for the benefit of any of the above-described persons* ».

Une autre clause définit de manière précise les officiers publics visés :

« *For the purpose of this Section "Government Official" means : (i) any officer or employee of a government or any department, agency or instrument of a government ; (ii) any person acting in an official capacity for or on behalf of a government or any department, agency, or instrument of a government ; (iii) any officer or employee of a of a company or business owned in whole or part by a government ; (d) any officer or employee of a public international organization such as the World Bank or United Nations ; (iv) any officer or employee of a political Party or any person acting in an official capacity on behalf of a political Party ; or (v) any candidate for political office.*

La définition suivante de public official est assez précise et veille à la complétude par une énumération large :

— *officers, office holders or employees of*
(i) a government or any department, agency, or
instrumentality thereof (legislative, administrative and judicial),
(ii) a local self government body,
(iii) regional government body, or
(iv) public international organization ;
— *persons acting in an official capacity or exercising a public function for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality thereof, local self government body, regional governmental body or public international organization ;*
— *officials of a political party (or the political party as a whole) ;*
candidates for government office ;
— *non public officials, officials of international public organizations, such as the United Nations or the World Bank ;*
— *individuals who have functional authority as an official, but are not actually in the employment of the government ;*
— *consultants and special advisors to governments or government officials ; and*
— *officers and employees of state owned enterprises, even those operating in a commercial capacity, including hospitals and health facilities* » [11].

[11] Voy. Cmogorski Teletcom, in https://www.telekom.me/content/pdf\appendix3.pfd, capture le 27 août 2014.

Citons aussi la définition suivante qui englobe également des personnes privées :

« *an officer or employee of a government or any department, agency, or instrumentality or public international organisation; any political party or official thereof ; any candidate for political office ; any sub-contractor or supplier, any L.' or Developer partner, or any other person…* ».

La clause suivante applique la clause non seulement aux agents de l'État, mais aussi aux personnes qui leur sont liées, ce qui est assez logique :

« *any government, political party or international organization official, candidate or persons acting on behalf of any of the foregoing or directly associated with them including their staff, business partners, close associates and family (hereinafter collectively referred to as "OFFICIALS")* ».

La clause ci-après ne porte que sur le coconctratant, mais en précise les différentes composantes :

« Le Prestataire ne doit pas offrir, promettre ou accorder aux employés ou membres du conseil d'administration du donneur d'ordre principal ou du Commettant y compris leurs proches ».

Dans la mesure où l'on procède à une énumération, il convient d'être le plus complet possible en englobant toutes les personnes privées ou publiques, administrateurs ou préposés, fonctionnaires locaux ou internationaux, qui peuvent influencer la décision.

II. — Personnes débitrices de l'obligation

Les codes visent à appréhender *le plus grand nombre de personnes*, par exemple « *G employees and any Third Party acting for or on behalf of G* ». Ce code en lui-même ne se soucie pas de ce que le tiers soit lié contractuellement par cet engagement.

A. — Extension à d'autres personnes que le cocontractant

Commençons par une clause assez complète en guise d'introduction.

« *I. could be liable for the acts of people that act on our behalf.*

This includes agents, distributors, suppliers and joint venture partners (together referred to as "third parties"). As such we are committed to promoting compliance with effective anti-bribery and corruption policies by all third parties acting on behalf of I.

All third parties should be made aware of the terms of the I. Third Party Code of Conduct and of their obligations to comply with it. All arrangements with third parties should be subject to clear contractual terms including specific provisions requiring them to comply with minimum standards and procedures

in relation to bribery and corruption. Appropriate wording to be included in contracts can be obtained from Group Legal ».

L'observation de la clause par le cocontractant ne sera pas facile, puisqu'il devra veiller à informer tout tiers du Code et veiller à ce que sa force obligatoire soit étendue aux tiers.

B. — Extension en premier lieu aux employés

« *Neither party shall on its own or through its officers, directors, owners, employees* ».

C. — Extension subséquente aux cocontractants

Les agents, distributeurs, sous-traitants consultants sont les premiers visés. D'autres renferment une implication et visent tous les tiers.

« *As such we are committed to promoting compliance with effective anti-bribery and corruption policies by all third parties acting on behalf of* ».

D. — Communication des engagements à des tiers bien définis

La clause suivante vise des tiers bien déterminés dans le cadre des relations de travail :

« *Contractor will send to each labor union or representative of workers with which it has a collective bargaining agreement or other contract or understanding, a notice advising the labor union or workers' representative of the Contractor's commitments under this Equal Opportunity clause and shall post copies of the notice in the conspicuous places available to employees and applicants for employment* ».

E. — Connaissance et complicité

Y a-t-il sanction pénale si la société contractante n'est pas au courant des commissions secrètes versées par l'agent ?

Déjà avant la réforme légale de 2011, la Cour d'appel anglaise a considéré que l'infraction de corruption supposait un paiement illicite et le fait que la société contractante n'en soit pas informée était différent [12].

Non seulement les personnes impliquées mais aussi les sociétés peuvent, dans différents pays, être poursuivies [13].

[12] R&L and others, [2013] EWCA, Crim. 2287. A. ADEYEYE, *op. cit.*, p. 173.

[13] Voy., sur les conditions, A. ADEYEYE, *op. cit.*, p. 174.

F. — Porte-fort

Le contractant peut se porter fort pour les autres personnes avec qui il contracte lui-même. Rappelons qu'il est alors redevable de dommages et intérêts à l'égard du commettant. Il peut aussi souscrire l'obligation d'insérer la clause dans les contrats ultérieurs :

« Work of children

Contractor will include the substance of this Article in every subcontract or purchase order, so that such provisions will be binding upon each subcontractor or vendor ».

III. — Mesures préventives

A. — Clause générale

L'on peut citer la clause suivante :

« Le Prestataire doit prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées afin d'empêcher la corruption ».

B. — Garantie donnée par le contractant lui-même de son intégrité

Les clauses suivantes veillent à garantir l'intégrité du cocontractant lui-même :

« *RGI represents that it has not been convicted of or pleaded guilty to a criminal offence, including one involving fraud, corruption, or moral turpitude, that it is not now, to the best of its knowledge, the subject of any government investigation for such offences, and that it is not now listed by any government agency as debarred, suspended, proposed for suspension or debarment, or otherwise ineligible for government programs.*

RGI represents and warrants that except as disclosed in writing : (1) it does not have any interest which directly or indirectly conflicts with its proper and ethical performance of this Master Agreement and any Task Order(s) ; and (2) it shall maintain arms length relations with all Third Parties (including Government Officials) with which it deals in performance of this Master Agreement or any Task Order » [14].

C. — Mesures visant à éviter tout contact avec des personnes d'influence

La clause ci-dessous citée prend le mal à la racine, puisqu'à partir du moment où elle interdit le contact avec des personnes d'influence, la corruption sera peu aisée :

[14] Sur la portée de la clause de représentation, voy. notre article précité.

« *R shall not contact, or otherwise meet with any Government Official with respect to any transactions required under this Master Agreement or any Task Order, without the prior written approval of G and, when requested by G, only in the presence of a G designated representative* ».

D. — Mesures visant à conserver la trace de toutes les opérations effectuées

« *RGI shall ensure that all transactions under the Master Agreement and any Task Order are properly and accurately recorded in all material respects on its books and records and each document upon which entries such books and records are based is complete and accurate in all material respects. RGI must maintain a system of internal accounting controls reasonably designed to ensure that it maintains no off-the-books accounts* ».

Cette clause est fort bien conçue, mais son contrôle sera moins aisé.

E. — Choix des sous-contractants

Ce choix doit être précédé d'une *due diligence* définie ci-dessous :

« *If applicable, all information provided by C. during P's pre-contractual due diligence, including all information provided in the Third Party Entity FCPA Due Diligence Questionnaire, is complete, truthful and accurate. C undertakes to update the foregoing representation (during the performance of the Agreement) if C or any of its employees who will be primarily responsible for performing under the Agreement, or a relative of such an employee or individual, becomes a GO or if a GO becomes an owner of C* ».

Le contractant devra refuser de contracter avec un tiers en cas de :

« *a) Suspicion* »,

ou

« *b) must not engage any third party who you know or reasonably suspect of engaging in bribery* ».

Une autre clause est également fort intéressante.

F. — *Due diligence*

« *Appropriate due diligence should be undertaken before any third parties are engaged. The appropriate level of due diligence will vary depending on the circumstances and you should use your judgement on a case by case basis.*

Questions you should be asking yourself include :

— *who are they — have I seen documents evidencing that they are who they say they are ?*

— *who else have they worked with — do they have references ?*

— *are they well established with a good reputation or are they more obscure so that I need to do more to find out about them ?*
— *do they operate in a territory where bribery is prevalent ?* ».

G. — Audit

Un droit d'audit est parfois accordé à la partie qui introduit la clause anti-corruption :

« *18.7 G shall have the right during the term of this Master Agreement to conduct an investigation and audit of RGI to monitor compliance with the terms of this Section 18. RGI shall reasonably cooperate with such investigation or audit, the scope, method, nature and duration of which shall be at the sole reasonable discretion of G* ».

Ce droit d'audit peut parfois être en contradiction avec les règles en matière de protection de la vie privée ou de protection des secrets d'affaires. Il convient d'y penser lors de la rédaction de la clause.

IV. — Sanctions contractuelles

Quid en cas de violation de l'engagement précité ?

A. — Information

Une notification est parfois organisée :

« *Each party agrees that it shall promptly provide written notice to the other party in the event that, at any time during the term of this Agreement, either of them has failed to comply with or has breached the restrictions set forth in this clause 28.3* ».

Une autre clause organise une information complète :

« *R agrees that G may make full disclosure of information relating to a possible violation of the terms of this Master Agreement at any time and for any reason to any competent government bodies and its agencies, and to whomsoever GSK determines in good faith has a legitimate need to know* ».

L'on peut s'interroger sur l'efficacité de la clause, dans la mesure où il est à craindre que la personne qui a fauté ne se dévoile pas. Mais si le cocontractant est une société comprenant de nombreux membres, il est possible que la direction ne soit pas informée de tous les actes posés par un commercial et ne le découvre que par la suite et informe le cocontractant spontanément de cet acte de corruption.

B. — Remédier

L'on peut imposer d'essayer de limiter la casse en veillant à prendre toutes les mesures pour faire disparaître ou limiter les effets de la violation de la clause. Là aussi, l'efficacité de la clause peut prêter à doute ; va-t-on demander à la personne corrompue de restituer l'argent ? Ceci étant, une plainte pénale pourrait être déposée de commun accord.

C. — Résolution immédiate assortie de dommages et intérêts

C'est la clause la plus classique :

« *Pf may immediately terminate this Agreement if C breaches the forgoing representation or if Pf learns that improper payments are being or have been made to a GO by C with respect to services performed on behalf of Pf or any other company. Further, in the event of such termination, C shall not be entitled to any further payment, regardless of any activities undertaken or agreements with additional third parties entered into prior to termination, and shall be liable for damages or remedies as provided by law* ».

Dans la clause suivante, la terminaison du contrat porte sur le contrat-cadre et les contrats qui s'ensuivent :

« *18.10 G shall be entitled to terminate this Master Agreement and any Task Order immediately on written notice to R, if R fails to perform its obligations in accordance with this Section 18. R shall have no claim against G for compensation for any loss of whatever nature by virtue of the termination of this Master Agreement or any Task Order in accordance with this Section 18* ».

Nous avons sélectionné une clause similaire rédigée en français :

« En cas de violation de cette clause le Commettant est en droit de résoudre, à charge et aux torts du Prestataire, sans intervention du juge et de plein droit, tous les accords existants avec le Prestataire pourvu que le Commettant ait adressé au Prestataire une mise en demeure écrite et que le Prestataire ait par la suite omis de se conformer à cette clause. Le Commettant se réserve le droit de réclamer des dommages ».

La caractéristique de cette clause est la prescription d'une mise en demeure. La clause prévoit ensuite une remédiation, mais la portée exacte de la remédiation n'est pas claire. En effet, elle prévoit la résolution si le prestataire a *par la suite* omis de se conformer à la clause. Cela veut dire que toute corruption *antérieure* à la mise en demeure reste non sanctionnée.

D. — Effets de la résolution

Ceux-ci sont parfois précisés :

« *Termination of this Agreement shall involve the automatic termination and without compensation of any nature whatsoever of the orders* ».

V. — Droit applicable — Juridiction

Certaines clauses se réfèrent aux normes édictées par les pouvoirs publics :

« *Acts or transactions otherwise in violation of any applicable anti-bribery legislation, including the OECD Convention on Combating Bribery in International Business Transactions (as amended from time to time), and/or equivalent local laws, including the Foreign Corrupt Practices Act of the United States, the Bribery Act 2010 of the UK and/or similar multilateral anti-bribery agreements.*

All applicable laws, including the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, good business ethics as recognized and practiced in the industries in which the Parties participate and the Ethical Business Practices Policy of MERCK as communicated to C by M or one of its AFFILIATES from time to time ».

Les normes éthiques qui sont constitutives d'usages sont prises en considération dans cette clause. Elles ont un caractère vague, mais ont le mérite d'une plus grande complétude.

« *18.2 RGI shall comply fully at all times with all Applicable Laws, including but not limited to applicable anti-corruption laws, of the territory in which R conducts business with G* ».

Les législations en la matière sont d'ordre public. Encore faut-il voir la portée territoriale de celles-ci.

Ainsi, la section 7 du *Bribery Act* anglais soumet à une amende illimitée la société dont une société parente est passible de corruption et n'a pas pris toutes les mesures adéquates pour prévenir celle-ci [15].

En d'autres termes, au Royaume-Uni, le seul exercice d'une activité en ce pays peut entraîner des poursuites pénales à charge d'une société étrangère [16] même si la corruption n'a pas été commise dans le cadre de ces activités ; ceci pousse très loin l'extraterritorialité pénale [17].

[15] Voy. les références citées en note 3.

[16] A. Adeyeye, *op. cit.*, p. 179.

[17] *Ibid.*, p. 180 ; cette solution a fait l'objet de critiques. Le droit allemand est plus classique à cet égard (voy. J. Wessing *e.a.*, *op. cit.*, p. 185).

VI. — *Joint venture*

La *joint venture* est un contrat par lequel deux ou plusieurs parties s'engagent à réaliser ensemble un projet en partageant des risques ; l'essence de la *joint venture* est contractuelle et le projet est limité dans le temps et dans son objet [18].

Les contractants de la *joint venture* sont des partenaires proches et, bien évidemment, une société qui promeut des principes éthiques cherche à éviter que des personnes impliquées directement dans les projets qu'elle (co)réalise viennent ternir la réputation de la société et entacher ses principes éthiques. Il n'est pas étonnant que les rédacteurs de contrat se soient intéressés à cette question.

Ainsi, le *case study 3* des *Guidances* du *Bribery Act* 2010 traite des *joint ventures*.

« *A medium sized company ("D") is interested in significant foreign mineral deposits. D proposes to enter into a joint venture with a local mining company ("E"). It is proposed that D and E would have an equal holding in the joint venture company ("DE"). D identifies the necessary interaction between DE and local public officials as a source of significant risks of bribery.*

D could consider negotiating for the inclusion of any or a combination of the following bribery prevention procedures into the agreement setting up DE :

— *Parity of representation on the board of DE.*

— *That DE put in place measures designed to ensure compliance with all applicable bribery and corruption laws. These measures might cover such issues as :*

- *gifts and hospitality*
- *agreed decision making rules*
- *procurement*
- *engagement of third parties, including due diligence requirements*
- *conduct of relations with public officials*
- *training for staff in high risk positions*
- *record keeping and accounting.*
- *The establishment of an audit committee with at least one representative of each of D and that has the power to view accounts and certain expenditure and prepare regular reports.*
- *Binding commitments by D and E to comply with all applicable bribery laws in relation to the operation of DE, with a breach by either D or E being a breach of the agreement between them. Where such a breach is a material breach this could lead to termination or other similarly significant consequences* ».

[18] Voy. D. Philippe, « La rédaction du contrat de *joint venture* », *D.A.O.R.*, 1994, pp. 9 à 41.

L'exemple précédent montre tout d'abord le degré de sophistication de la législation anglaise en la matière. Il montre aussi l'importance de la mise en place de procédures dans *la joint venture*, visant à prévenir la corruption ; le droit applicable sera étendu, il couvrira en tout cas le pays où la *joint venture* exerce son activité, mais aussi, selon nous le droit qui régit les sociétés fondatrices de la *joint venture* ; la sanction du non-respect de ces lois sera la dissolution de la *joint venture*, ce qui constitue une sanction fort large et plus large que la plupart des sanctions mentionnées précédemment.

Conclusion

La clause a tout d'abord comme avantage de conscientiser les opérateurs économiques au nécessaire respect de l'honnêteté et de l'éthique dans les relations commerciales. Elle réduit aussi le risque de voir la responsabilité des dirigeants mise en cause pour des actes de corruption, puisque la clause devrait éviter que les cocontractants commettent des actes de corruption dont ces dirigeants seraient appelés à répondre d'une manière ou d'une autre.

Le problème fondamental est qu'il est de notoriété que la corruption n'est pas éradiquée dans certains pays. Il semble que certains contrats ne peuvent pas être obtenus, spécifiquement dans le cadre de marchés publics, sans corrompre certaines personnes.

Comment concilier alors ces clauses avec le comportement de l'agent qui sera contraint, pour obtenir le marché, de laisser une commission ?

Par ailleurs, les normes édictées par les sociétés ou par les États ont une portée internationale.

Les codes éthiques des sociétés multinationales s'appliquent à toutes les opérations de ces sociétés, quel que soit le pays. Le *Bribery Act* anglais peut trouver application dès qu'une société parente du groupe a un siège en Angleterre. Les clauses sont elles aussi de facture identique quel que soit le pays.

Enfin, il convient aussi de prévoir des mesures préventives dans les clauses. Ainsi, différentes clauses prévoient une procédure de *due diligence* avant d'accepter un partenaire. Ces clauses préventives trouvent tout particulièrement leur place dans les contrats de *joint venture*.